أثر فقد الموكل على الوكالة
مناقشة فقهية قانونية
في الفقه الإسلامي والقانون العراقي

احمد سمير محمد الصوفي
مدرس مساعد
كلية القانون – جامعة كركوك

بسم الله الرحمن الرحيم

((فأما الزبد فيذهب جفاء وأما ما ينفع الناس فيمكث في الأرض كذلك يضرب الله الأمثال(١٧)))

صدق الله العظيم
سورة الرعد
الآية / ١٧

الملخص

المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته او مماته ..... ويتم الإعلان عن حالة المفقود بقرار من المحكمة ، ويلغى هذا الإعلان أذا ظهر دليل على حياته ، وتعين المحكمة قيّم للمفقود إذا لم يكن له وكيلاً ويكون القيّم تحت أشراف مديرية رعاية القاصرين ويسري عليه ما يسري على الوصي من أحكام ..

وتحرر أموال المفقود عند تعيين قيّم عليه ، وتدار على غرار أموال الصغير ، إذ لا يباع من أمواله إلا ما هو قابل للتلف ولا يجوز شراء مال باسمه إلا ما يقتضي لإدامة أمواله وأدارتها ..

لزوجة المفقود التربص أربع سنين بعد رفع أمرها للقاضي الذي يبحث عن المفقود بالطرق كافة أثناء هذه المدة ، فان لم يتبين شيء فينتظر فان كان للنائب ولي يتولى أموره او وكيل ، أمره القاضي بالطلاق وتعتد بعد الطلاق عدتها ويحل لها بعد ذلك أن تتزوج ..

هذا ولها النفقة من ماله في مدة غيبته وان لم يستمتع بها لان المنع هنا من جهته وليس من جهتها ...

وتنتهي الغيبة بموت المفقود وللمحكمة أن تحكم بموته أذا قام دليل قاطع على وفاته ، وإذا مر أربع سنوات على إعلان فقده او إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على إعلان فقده ..

ويعد يوم صدور الحكم بموته تاريخاً لوفاته وتقسم تركته بموته على ورثته الموجودين وقت الحكم ، وتعاد أمواله أليه عند حضوره وتسلم إلى ورثته عند ثبوت وفاته حقيقةً او حكماً ..

هذا وعند البحث عن أحكام المفقود تثار مسالة وكيل المفقود كونها لم تكن موضوع بحث لا في فصول أحكام الوكالة ولا في فصول أحكام المفقود ، إذ لابد وبعد موت المفقود الموكل أن تنتهي الوكالة التي منحها لوكيله ما لم يصدر قرار بتثبيتها وهذا الأمر الذي كان مثار للجدل المحتدم .

المقدمة :-

الحمد لله رب العالمين ، الذي انزل كتابه المبين على رسوله الأمين فشرح به صدور عباده المتقين ، ونور به بصائر أولياءه العارفين ، فاستنبطوا منه الأحكام، وميزوا به الحلال من الحرام .

والصلاة والسلام الاتمّان الكاملان على سيدنا محمد ، خاتم الأنبياء والمرسلين ، وعلى اله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين ، أما بعد ...

فنظر لما استهدف العالم في هذه الآونة من قهر وطغيان ، حيث شمر لهم أعداؤهم عن سواعد الغدر والدمار ، فقصدوهم بحروب طاحنة وغارات شاملة ، فشردت منهم الكثير ، وكثر على أثارها الفقد ، إذ يخرج الإنسان في هذه البلاد ولا يعود ، فأصبح الناس في حيرة من أمر هؤلاء ، في حكم ميراثهم وأموالهم ، وكذلك ماذا تفعل زوجاتهم ؟ .

وكذلك كثُرت حوادث السفن والطائرات ، فعلى أثر كل حادثة تفاجأ بالموتى والمفقودين فما حكم هؤلاء بالنسبة لأموالهم وزوجاتهم وغير ذلك من شؤونهم.. ؟

فضلا عن أحكام المفقود والتي شغلت حيّزاً مهما من البحوث الفقهية والقانونية سواء لدى فقهاء القانون المدني أو فقهاء قوانين الأحوال الشخصية ...

حيث نرى أن مثل هذه البحوث تزداد – وكما ذكرنا – في أعقاب الحروب والكوارث الطبيعية عندما يزداد عدد المفقودين، ويكثر الحديث عن الحلول الشرعية والقانونية بعد مرور مدة زمنية على هذه الحوادث. وعدم إيضاح حال الغائبين ، أي حين يتحول الشخص من غائب ترجى عودته القريبة أو أمل عودته إلى أخر لا يفرق أمره ولا موعد عودته ويتساوى الأمل في حياته واليأس منها .

فنظراً لكل ذلك ، استخرت الله وطلبت منه العون والمدد في إخراج هذا البحث على الوجه الذي يرضيه .

تساؤلات البحث :-

بحث الفقهاء المسلمون في أحكام المفقود، ولكن أبحاثهم اقتصرت – فيما اعلم- في ثلاث مسائل :-

١- في تعريف المفقود وحكم حال زوجته .
٢- في متى يحكم بموته .
٣- في ميراثه ، وارثا ومورثا .

وبقيت مسائل لم يجر البحث عنها لعدم إثارتها مشاكل في زمانهم .

فحاولت في بحثي المتواضع هذا أن أثير بعض التساؤلات وأسلّط الضوء على بعض ماخفي من تلك المسائل ...

ومن هذه الفرضيات أو التساؤلات مسالة أثر فقد الموكل على الموكالة ، فلو كان لشخص وكيل عام مخول كافة الصلاحيات ثم فقد الموكل فما مصير الوكالة ؟

وتساؤل أخر في الموضوع ذاته فيما لو حصل ما افترضناه فهل يستمر الوكيل ؟ أم تنتهي الوكالة بالفقدان ؟

وإذا سلمنا أن الغائب أو المفقود هما في حكم الصبي والمجنون فهل تنتهي الوكالة الخاصة لوكيلهما [١] وهل توجد إشارة إلى تلك الرقابة في الأحكام الشرعية وفي نصوص القانون الوضعي ؟

وماذا لو كان للمفقود وكيل، فهل ينصب عليه قيما من المحكمة ويعزل الوكيل في هذه الأحول؟ ولِمَ القصور التشريعي في قانون رعاية القاصرين العراقي ذو الرقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل.

من حيث عدم شموله للإشارة إلى مدة الفقدان في المادة (٨٦) منه وعدم الإشارة إلى ما ذكرناه بصدد استمرار الوكالة وعدم الإشارة إلى تنصيب قيم للمفقود وغيرها من المواد والتي بقصورها هذا جعلت الوكالة تقترب من الوصاية ....

منهجية البحث :-

اعتمدتُ في كتابة هذا البحث على المنهج الفقهي القانوني ، فتارة يبرز موقف الفقه الإسلامي من جهة ، وتارة يبرز موقف القانون المتمثل بموقف قانون رعاية القاصرين العراقي والقانون المدني العراقي، وقانون المرافعات المدنية العراقي، والقانون المقارن . كما اعتمدت في هذا البحث على المنهج التحليلي الذي يقوم على أسس تحليل الآراء الفقهية ومناقشتها وترجيح الآراء السديدة ...
ويلاحظ على بحثنا هذا إبراز موقف الفقه الإسلامي بشكل ملفت للعناية؛ وذلك لمحاولة معالجة بعض فرضيات هذا البحث والتي أغفلها القانون ولعدم تعرض قانون الأحوال الشخصية العراقي لأحكام المفقود حيث طبقت بحقه أحكام الشريعة الإسلامية الغراء .

خطة البحث :-

اقتضت دراسة هذا الموضوع ومن اجل الإلمام والإحاطة به أن تكون خطة البحث مقسمة على مبحثين ، يتضمن الأول التعريف بالمفقود وأحكامه ، والذي بدوره قسم على ثلاثة مطالب ، ضم أولها تعريف المفقود وحكم حال زوجته ، وتناول ثانيها تحديد الوقت الذي يحكم به بموت المفقود ، أما ثالثها فقد تحدث عن ميراث المفقود ...
أما المبحث الثاني فقد كرس لبيان مفهوم الوكالة عن المفقود وأثرها وتضمن مطلبين اثنين ، بحثت في الأول في تعريف الوكالة وبينت في الثاني أثر فقد الموكل على الوكالة .
وأنهيت بحثي هذا بخاتمة أوجزت فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها.....
وختاماً أقول أن كل ما قدمته كان محاولة لدراسة موضوع أثر فقد الموكل على الوكالة باعتباره يهدف إلى إثبات بعض الحقائق التي تثري القانون بمضامينها ..
ولا أدعي الكمال لهذا البحث، فان الكمال لله عز وجل وحده ، متقبلاً وبكل رحابة صدر ما يوجه إليه من نقد بناء يثريه ويقويه علمياً، آملين أن نوفق في تحقيق مبتغانا ...

والله من وراء القصد

المبحث الأول
التعريف بالمفقود وأحكامه

سنتناول في هذا المبحث تعريف المفقود وحكم حال زوجته ومتى يحكم بموته وفي ميراثه[٢].وذلك من خلال المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول
تعريف المفقود وحكم حال زوجته

في هذا المطلب سنبحث في تعريف المفقود وحكم حال زوجته وذلك في الفرعيين الآتيين:

الفرع الأول
تعريف المفقود
أولاً: تعريف المفقود لغة:

المفقود في اللغة:مشتق من الفقد، وهو من قولك فقد الشيء ويفقده فقدا وفقداناً ومفقوداً،فهو مفقود وفقيد أي عدمه[٣]. والتفقد:تطلب ماغاب من الشيء[٤].ومنه قوله تعالى:"وتفقد الطير فقال مالي لا أرى الهدهد أم كان من الغائبين" [٥].
وافتقدت الشيء:من افتعلت مأخوذ من فقدت الشيء افقده إذا غاب عنك أو ضللته[٦].

ثانياً: تعريف المفقود اصطلاحا:

في معرض إبراز التعاريف القانونية بحق المفقود فإننا نوضح ما جاء في قانون رعاية القاصرين العراقي المرقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ النافذ... فقد عرف المفقود بأنه "الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته" [٧].
وهو شخص مجهول الحال لا تعرف حياته أو مماته ولا مقره[٨].
وأحكام المفقود تخضع لقانون الأحوال الشخصية[٩].
وحسناً فعل المشرع العراقي في عدم ذكرهِ للمدة في تعريفه للمفقود اذ ان المدة لا تدخل في التعريف بل تحتاج اليها للحكم عليه بالموت .
إذ وبالمقارنة مع تعريفه للغائب نلاحظ خلو المادة(٨٦)من تلك المدة والتي يوجب أن يذكرها المشرع العراقي وهي أربع سنوات على إعلان فقده وسنتان في ظروف الهلاك [١٠].

أما علماء الشريعة فقد عرفوا المفقود بتعريفات مختلفة نذكر منها ماعرف بأنه:الغائب الذي لم يدر موضعه، وحياته، وموته، وأهله في طلبه يجدون، وقد انقطع عنهم خبره، وخفي عليهم أثره[١١] وعرفه بعضهم بأنه "اسم لموجود وهو حي باعتبار أول حاله، ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار ماله وأهله في طلبه يجدون لخفاء الأثر مستقرة لا يجدون ،قد انقطع عليهم خبره، واستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد ، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد " [١٢].
وعرفه بعضهم بأنه "من انقطع خبره ممكن الكشف عنه"[١٣].
ومن استعراض التعاريف الأنفة الذكر نلاحظ إنها متفقة في مضمون واحد الا وهو أن المفقود هو الشخص الذي يجهل فيه حياته ومماته ومكان وجوده فهو شخص مجهول الحال في كافة الأحوال [١٤].

الفرع الثاني
حكم حال الزوجة المفقود

من خلال اطلاعنا على المواد التي عالجت المفقود وأحكامه في قانون رعاية القاصرين العراقي لم يسعفنا أي نص ولم نلحظ أية مادة قانونية تطرقت ولو باللفظ على الأقل الى زوجة المفقود، وإنما اكتفي بالإشارة إلى عدّها من الورثة عند موته حين تقسم تركته وخلا أيضاً من التربص والاعتداد الخاص بالزوجة عند الفقدان، والإذن الخاص بذلك ولم يتطرق إلى الأمور الشرعية الأخرى الخاصة بالزوجة كالنفقة والحقوق والتطليق والحداد وغيرها[١٥].

الأمر الذي دعانا إلى متابعة كتب الفقه الإسلامي لمعالجة هذا النقص وللتطرق إلى تلك المواضيع لبيان كل ما يحيط بحكم زوجة المفقود ، ومن خلال اطلاعنا على كتب ومؤلفات فقهاء الشريعة الإسلامية فإننا نلحظ أن زوجة المفقود عليها أن تنتظر أربع سنين[١٦] .
فالقول في تحديد هذه المدة أي مدة الأربع سنوات فيه حكمة وهي رفع الضرر عن المرأة التي قد لاتحتمل هذا الغياب الأبدي وتحتسب هذه المدة من يوم حكم القاضي بالتربص لها[١٧].
ويجب على المرأة مراجعة القاضي إذا ماانتهت سنة التربص التي حددها القاضي لها ليأذن لها في الاعتداد أي أن تعتد فيما يخص المدد[١٨].
والحكمة من مراجعتها للقاضي بعد التربص، ليأذن لها في الاعتداد، ذلك أنه مأمور بالتفتيش والتحري عن هذا المفقود والتحقق من ذلك فربما ثبت عنده حياته أو توقع انه موجود فيأمرها بانتظاره، هذا وان الحكم الصادر من القاضي في هذا الشأن فيه ارتضاء وارتياح لجميع

الأنفس، سواء نفس أسرة المفقود وعائلته أو نفس الزوجة[١٩].
هذا وقد اختلف فقهاء الشريعة في مسألة عدم جواز زواج زوجة المفقود بغيره من الازواج فقد اختلف الفقهاء على رايين : اولها راى ان زوجة المفقود لها حق طلب التفريق بعد مضي اربعة سنوات من اعلان فقده والى هذا ذهب المالكية والشافعي في مذهبه القديم والامامية [٢٠]
والثاني راى بعدم جواز طلب التفريق لها الا بعد مضي مدة التعمير والى هذا ذهب الحنابلة في رواية عنهم [٢١] .
وزوجة المفقود يلزمه نفقتها من ماله في مدة غيبته، وان لم يستمتع بها،لان المنع من الاستمتاع بها إنما هو من جهته لا من جهتها ، وهي محبوسة عليه ، مثلها مثل زوجة الغائب معلوم الغيبة[٢٢].
فان اختارت المقام والصبر حتى يتبين لها أمر زوجها المفقود كانت لها النفقة من ماله،حتى يتبين لها أمره لأنه محكوم بزوجيتها له، فتجب لها النفقة كما لو علمت حياته[٢٣].
هذا وان الحكمة من التقدير بأربعة أعوام عند القائلين به إلى احد الأمرين :-
الأمر الأول : أن أقصى مدة ذهب إليها العلماء في تقدير مدة الحمل هي أربعة سنين، فتربص المرأة هذه المدة ليتبين براءة رحمها بيقين فيحكم بالتفريق على وجه يطمئن بخلو المرأة من غرس زوجها .
الأمر الثاني : إن الأغلب من حال هذه المدة انه يسمع فيها خبر من كان حياً في بلاد المسلمين مع البحث والسؤال عنه، ومكاتبة الجهة التي غاب إليها بشأنه ،فان لم يظهر له خبر غلب على الظن بوفاته [٢٤]
هذا وان هذه الاراء غير مبنية على الدليل القاطع ، ففي ذلك الزمان كانت الاجهزة المتوفرة تحكم بالانتظار الى مدى محدودة اما الان فان اجهزة الاتصالات تطورت بشكل كبير .. اذ يستطيع الغائب الحي ان يتصل باهله بلحظات .. وهنا الاجتهاد واجب لعدم وجود نص قاطع في امور كهذه .

المطلب الثاني
متى يحكم بموت المفقود

يتم الإعلان عن حالة المفقود بقرار من المحكمة ، ويقوم قرار وزير الدفاع أو وزير الداخلية مقام قرار المحكمة بالنسبة إلى أفراد القوات المسلحة وقوى الأمن الداخلي ويلغى الإعلان إذا ظهر دليل على حياة المفقود.

وتنهي الغيبة بزوال سببها أو بموت المفقود وفي هذه الحالة لا حاجة لحكم المحكمة بالوفاة بل تسجل الوفاة .

هذا وإذا مرت أربع سنوات على إعلان فقده أو إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على إعلان فقده ،وعليها خلال سنوات الفقد أن تتحرى عن المفقود بكافة الطرق الممكنة للوصول إلى معرفة ما إذا كان حيا أو ميتا قبل أن تحكم بموته..

هذا ويعد يوم صدور الحكم من المحكمة بموت المفقود تاريخا لوفاته[٢٥].

أما عند بعض فقهاء الشريعة الإسلامية فان يقين موت المفقود يعلم بأحد الأمرين، فإما يكون العلم بموته ومعرفة أخباره على طريق اليقين أو التعمير[٢٦].

المطلب الثالث
في ميراث المفقود[٢٧]

إذا ثبتت وفاة المفقود يقينا فان من حق ورثته أن يقتسموا تركته بينهم كل بما يخصه،وزوجته كذلك لها نصيبها من ميراثه إن لم تكن قد تزوجت بغيره

وكذلك إذا حكم بموت المفقود بعد التعبير، وكانت زوجته باقية على زوجها منه،فهي مثل جميع ورثته تأخذ نصيبها من ميراثه[٢٨].

أما عقود المفقود وديونه ، فان عقوده مع الغير الثابتة قبل الفقد كونها على حالها؛ وذلك لأنها مستصحبة لحال المفقود وهو يصلح لإبقاء ما كان على ما هو عليه ويسري ذلك على ديونه أيضاً[٢٩].

هذا وإذا ما انقطعت أخبار الغائب فصار مفقوداً ، ولم تعلم حياته ولا موته فانه لايجوز للقاضي أن يقسم تركته. بل تكون موقوفة إلى أن يثبت موته ،أو يرجع حيا ويثبت موت المفقود إما بالبينة ،بان يشهد رجلان عادلان بموت المفقود في يوم كذا وفي مكان كذا أو أن تشهد رفقته في السفر بأنه مات معهم ودفنوه فهنا لا داعي لحكم القاضي بموت المفقود بل يسجل الموت فقد ، ويترتب على هذا الموت اثره من تقسيم تركته وحل زوجته للأزواج [٣٠].

وبالحكم بموته يُرفع ورثته أمره إلى القاضي متضررين من غيابه، فيكون على القاضي أن يبحث عَن المفقود في الجهة التي يقولون انه سافر فيها،أو في البلد الذي يقولون انه سافر إليها بعد معرفة اسمه وصفته وسبب سفره، ويستعين القاضي في ذلك بما لديه من إمكانيات سواء أكان بمراسلة قاضي بلده أو الإعلان عنه في الصحف والمجلات وسائر وسائل الإعلان [٣١].

وإذا ما ثبت وفاته جاز تقسيم ماله بين ورثته ،مثله مثل من حكم بموته ، لان من شروط التوارث ثبوت وفاة المورث[٣٢] .

هذا ويسري ما يطبق من أحكام على المفقود فيما يخص الأسير،إذ أن الأخير هو في حكم الحي المحبوس عند العدو ، وهو في حكم المفقود فهو ينطبق عليه هذا الحكم من الجهل بحياته وموته، إلا أذا علمت حياته أي حياة الأسير ،فهنا تكون جميع أمواله موقوفة على ملكه ،لأنه على قيد الحياة فلا نقسم أمواله لعدم وجود شرط ميراث وهو موت المورث[٣٣].

هذا ولو ظهر المفقود حيا فان كان ذلك قبل الحكم بموته، فان جميع أمواله الموقوفة عليه تدخل في ملكه،مثل النصيب الموقوف عليه من الميراث الموروثة وكذلك الوصايا الموصى بها إليه ،فهذه الأموال تدخل في ملكه و إن لم يعد بالفعل.

أما إذا ما كان هناك أي تقسيم لتركته فيما لو ظهر أنه على قيد الحياة فالحل يكون بأن يرجع على ورثته بما بقى من عين ماله في أيديهم وأما ما أتلفوه فانه يضمنهم ذلك [٣٤].

هذا واذا ما اتلف مال المفقود بآفة سماوية لا يد لاحد فيها فهنا لا نستطيع ان نضمن احد في ذلك .

المبحث الثاني
في الوكالة عن المفقود وأثرها

في هذا المبحث سنتناول الوكالة الخاصة بالمفقود ونسلط الضوء على أثرها وذلك من خلال المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول
في تعريف الوكالة عن المفقود

قبل الخوض في تفاصيل غمار البحث عن كل ما يخص الوكالة هذه من ناحية التعريف،لابد لنا أن نعرف الوكالة ونسلط الضوء على خصائصها وتميزهما من غيرها من العقود[٣٥].

فالوكالة لغة جمعها وكالات:وهي اسم من التوكيل بمعنى التفويض و الاعتماد والوكيل جمع الوكلاء:من يعتمد عليه في تدبير أمر أو يفوض إليه أمر عاجز[٣٦].

أما اصطلاحا، فقد عرفها القانون المدني العراقي النافذ ذي الرقم٤٠لسنة(١٩٥١) العدل بأنها:"عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم" [٣٧]

وواضح من النص الوارد أعلاه أن الوكالة عقد من عقود التراضي،عقداً شكلياً وقد يكون مصدقاً من الكاتب العدل فيسمى حين إذا رسمياً اذا ما كان التصرف القانوني محل الوكالة هو تصرف شكلي كما إن الوكالة هي جزء من العقود الملزمة للجانبين ليس فحسب إذا اشترط اجر للوكيل بل أيضاً فيما إذا كانت الوكالة تبرعاً .

إذ أن الموكل يلزم في جميع الأحوال برد ما صرفه الوكيل في تنفيذ الوكالة وبتعويضه عما أصابه من الضرر[٣٨].

ولعل أهم ما يميز الوكالة من غيرها من العقود ولاسيما عقدي المقاولة والعمل هو أن محل الوكالة الأصلي يكون دائما تصرفاً قانونياً في حين أن المحل في عقدي المقاولة والعمل هو عمل مادي [٣٩].

وتتميز الوكالة أيضاً عن سائر العقود _وكما ذكرنا_في أن محلها تصرف قانوني، لا عمل مادي وهذا هو المميز الرئيس بينها وبين عقدي المقاولة والعمل كما ذكرناه وقد تلتبس بهذين العقدين كما تلتبس بعقود أخرى كالإيجار والبيع والشركة والوديعة[٤٠].

نعود إلى الموضوع الخاص بعنوان المطلب، فالوكالة عن المفقود لا تبتعد كثيراً عن تلك التعاريف إذ نستطيع أن نحددها بأنها التزام الوكيل بان يقوم بعمل قانوني لحساب المفقود وبموجب ذلك فان الوكيل يؤذن بعمل شيء للمفقود وبأسمه وعلى ذمته، وهنا فان العقد لا يتم إلا بقبول المفقود عند العلم بحياته ومكان وجوده، إذ أن المفقود وكما ذكرنا في معرض شرح التعريف الخاص به هو شخص مجهول الحال لاتعرف حياته أو مماته ولا مقره_وهو بهذه الحالة لايقدر على ممارسة نشاطاته فيما يخص أمواله،أما الغائب فانه يشترك مع المفقود وفي كافة صفاته إلا أن أخباره لم تنقطع فهو معلوم الحياة [٤١].

وبهذا فهما يستويان_ من هذه الجهة _مع أي شخص يعجز لأي سبب عن إدارة أمواله بنفسه[٤٢]. ويتعذر عليهما التعبير عن إرادتيهما بأي شكل، وبتعبير آخر أن الغائب والمفقود

يعتبران حكماً محجورين لان المشرع ينصب عليهما قيماً لإدارة أموالهما[٤٣].

وإذا كان القانون المدني العراقي النافذ يعد تعذر التعبير لدى من اجتمعت فيه عاهتان (أصم أبكم أو أعمى ....الخ)[٤٤]. قاصراً ويوجب نصب قيم عليه، فان الأمر بالنسبة للمفقود أكثر وجوباً [٤٥].

أما الفقه الإسلامي فمتا ما خرج احد اطراف الوكالة عن كونه اهل للتصرف مثل ان يجن او يحجر عليه لسفه فحكمه حكم الموت لانه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره [٤٦].

وقد ذكر ان فقدان سبب للحجر وقد عدوا أسباب الحجز ثلاثة__ الصغر والجنون والرق _ و زا د عليهما البعض الإفلاس والسفه والغفلة ، ولكن نصوصاً متناثرة تنم عن ذلك نجدها عند البحث في المفقود وتعريفه ،فقد قالوا أن المفقود شخص اعتباري[٤٧] حياته غير مؤكدة وموته غير ثابت أو انه يعتبر حيا استصحابا بأعتبار بقاء الحال على ما كان عليه حتـــــــى يثبت ما يغيره ، لذا فقد قالوا انه إذا غاب الشخص ، نصب القاضي من يحفظ أمواله؛ لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه ،والمفقود بهذه الصفة صار كالصبي والمجنون [٤٨]

وفي ما يخرج به الوكيل عن الوكالة أورد الكاساني أموراً منها (عجز الموكل والحجر عليه لأنه بالعجز والحجر عليه بطلت أهلية أمره بالتصرف فتبطل الأمر/ الوكالة) [٤٩].

وفي موضع أخر أورد (أن القاضي يحفظ ماله لأنه مال لا حافظ له يعجز صاحبه عن الحفظ فيحفظ عليه القاضي نظرا له كما يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لا ولي له)[٥٠].

أما في القوانين العراقية فقدوردت نصوص متناثرة بالمعنى نفسه.ففي المادة (١٣/أولا- د-من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ رقم ٧٨لسنة ٨٠ نلاحظ سريان هذا القانون على الغائب والمفقود، وفي فقرته الثانية فنلاحظ بياناً واضحاً بخصوص القاصر،حاله حال الصغير والغائب والمفقود[٥٢].

ولم يخلو القانون المدني العراقي من الإشارة إلى هذه التعابير، فقد بيّن أن موطن المفقودين والقصر وغيرهم من المحجورين هو موطن من ينوب عنهم قانونـاً(٥٣).وكذلك في قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل،فقد حدد في إحدى مواده بأن الأحكام الصادرة على (..الصغار والغائبين والمجانين وغيرهم من ناقصي الأهلية يجب عرضها على محكمة التمييز وجوب)(٥٤).

وهذه النصوص نلاحظها صريحة في الغائب والمفقود كلاهما في حكم القاصر، لأنهما كالصبي والمجنون المحجوران لذاتهما لذا وجب أن يُنصّب عليه قِّيم(٥٥) .

المطلب الثاني

في أثر فقد الموكل على الوكالة

في هذا المطلب سنبين اثر النيابة عن المفقود ومقارنتها عن الوكالة عنه، والوصاية عليه كذلك سنحدد اثر انتهاء وكالة وكيل الغائب والمفقود .. وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

اثر النيابة عن المفقود بين الوكالة عنه والوصاية عليه

لو تطرقنا الى مفهوم المخالفة لنص المادة (٨٨) من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ لتبين لنا ان هذا المفهوم يقودنا الى اصدار احكام تجانب الصواب على القنون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١المعدل ، فالصواب يكمل في ان الفقد كمانع من موانع الاهلية يتولى القاضي او مديرية رعاية القاصرين الولاية على مصالحه وتعيين قيماً على امواله ويسري على القيم ما يسري على الوصي من احكام ، واذا كان للمفقود وكيل وكله قبل الفقد فان هذه الوكالة تنتهي من يوم اعلان فقده ، لكن هذا الوكيل يعد وكيلاً مختاراً اذا لا يجوز عزله ونصب قيّم اخر ما لم يصدر منه ما يوجب عزله حسب شروط الموكل المفقود او حسب شروط القانون ، كما هو الحال بالنسبة للوصي المختار ، حيث ينطبق على هذا الوكيل احكام الوصي المختار .

والدليل على ان الوكالة تنتهي نص المادة (٩٤٦) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ان (تنتهي الوكالة بموت الموكل او الوكيل او خروج احدهما على الاهلية ...) .

فالموكل اذا فُقِد خرج عن الاهلية ، فعبارة (او خروج احدهما عن الاهلية) تشمل الغائب والمفقود والاسير ، ومن اصيب بالجنون والمحجور عليه باي سبب كان ، لان القاعدة العامة تقضي بانه (لا يستطيع الوكيل ان يقوم بتصرف لا يجوز للموكل ان يقوم به) .

وهذا واضح في تعريف الوكالة لانها عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز ، أي جائز للموكل فالتصرف الذي لا يجوز للموكل لا يجوز لوكيل بطريق الاولى .

اما ان هذا الوكيل يعامل معاملة الوصي المختار ، فتدل عليه المادة (٨٨) من قانون رعاية القاصرين التي تنص على استمرار الوكالة تحت ولاية مدير رعاية القاصرين ، لان استمرار الوكالة ليس معناه ان الوكيل يتحول الى موكل بل القضاء او دائرة رعاية القاصرين تحل محل المفقود الموكل وتحاسب الوكيل .

هذا إذا عينت المحكمة قّيماً لإدارة أموال المفقود فيكون تحت إشراف مديرية رعاية القاصرين(٥٦) .

ومن مفهوم المخالفة أيضاً أن الوكيل لا يكون تحت إشرافها لأنه ليس قّيماً ...

لذا ومن الواجب علينا دعوة المشرع العراقي المادة (٩٠) بفقرتها الأولى إذ كان الأجدر أن يكون نصها كالأتي : -

(على المحكمة المختصة حين إصدارها قرارا باعتبار شخص ما غائبا أو مفقودا إخبار مديرية رعاية لقاصرين بتعيين قيمٍ أو بتوكيل وكيل لإدارة أموالهم وفقا لأحكام هذا القانون).

وهنا ومن خلال صياغة الفقرة أعلاه نرى انه إذا لم يعين قيم على تلك الطائفة لوجود الوكيل فلا تحرر أموالهم ولا تدار وفقا للنص ....

ولكننا نلاحظ من جهة أخرى أن الوكيل مقيد ببعض القيود، منها ما ورد في نص مدونة العلامة قدري باشا، فقد نصت هذه المدونة في المادة ٥٧٢ منها:(ليس للوكيل تعمير عقارات المفقود إذا احتاجت إلى تعمير إلا بإذن الحاكم) والمادة ٧٥٤ والتي تنص على (للقاضي أن يبيع ما يتسارع إليه لفساد من أموال المفقود منقولا أو عقارا أو يحفظ ثمنه له

أن يظهر حيا ...... وليس له أن يبيع شيئا ما لا يخشى عليه الفساد لا لنفقة عياله ولا غيرها)

ويبدو أن هذا النص جاء مطلقا ليقيد وكيل المفقود والقيم المنصوب عليه من قبل القاضي[٥٧] .

هذا ويسري على القيم ما يسري على الوصي من أحكام إلا ما استثني بنص خاص [٥٨] ، وهذا يعني أن تصرفات الوكيل _ الذي هو ليس قيما ـ غير محددة بإحكام المواد (٤١ وما بعدها) من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ .

ومن هنا نرى أن وكالة وكيل المفقود وان بقيت بمعزل عن الرقابة، إلا أن بعض النصوص قيدتها بما يتنافى مع إطلاق الوكالة ويقترب بها من الوصاية.

الفرع الثاني
أثر انتهاء وكالة وكيل المفقود[٥٩]

لعل بحثنا هذا يرمي إلى اثراء القانون ببعض الحقائق بهذا الخصوص ويهدف أيضا إلى معالجة بعض المسائل التي لم يجر البحث فيها في الفقه الإسلامي، لعدم إثارتها في زمانهم كمشاكل ، ولعل ابرز هذه المشاكل مسألة وكيل المفقود.

فلو افترضنا أن شخصا كان له وكيل عام مخول للصلاحيات كافة ثم فقد الموكل ، فما هو مصير الوكالة ؟

هل يستمر الوكيل ؟ أم تنتهي الوكالة بالفقدان ؟ وللإجابة على ذلك نقول أن هذه المسألة كانت موضوع بحث في فصول احكام الوكالة وفي فصول احكام المفقود علماً ان الوكالة في عصر ازدهار بحوث الفقه الإسلامي لم تكن كما هي اليوم عامة مطلقة مفوضة، يخول فيها الموكل حق الإدارة وَأحياناً بنص حق التصرف بالبيع والشراء والقبض والهبة بل كان المتعارف عليه هي الوكالة الخاصة. بشأن معين أما الوكالة العامة فان هناك من يرى عدم جوازها لان في ذلك غر كبير[٦٠] .

وهي إن وجدت فلا توجد إلا نادرا ولا تشكل أهمية لبساطة الحياة وعدم وجود ما يمكن أن يطرأ عليها من تعقيد في العصر الحاضر .

ونعود إلى عنوان فرعنا الخاص بانتهاء وكيل المفقود فهل تنتهي هذه الوكالة أم لا ؟

نلاحظ من خلال استعراض نصوص القوانين العربية [٦١] ، إننا نجد اختلافاً في حكم هذه المسألة :-

فالمشرع العراقي ذكر في قانونه باستمرار الوكالة وهذا الموقف بدا واضحاً أيضاً في فروع القانون المدني الجديد لسنة ١٩٨٦ [٦٢] .

وقد ورد في مشروع القانون الموحد العربي للأحوال الشخصية [٦٣] ذات الموقف الذي أورده المشرع العراقي ، إذ نص ذلك المشروع في احد مواده [٦٤] على انه أذا لم يكن للمفقود وكيل، يعين له القاضي مقدماً[٦٥] .

وقد بينت المذكرة التوضيحية للمشروع أن الوكيل المذكور يبقى على وكالته طالما هو مستوف للشروط المطلوبة في الوصي أو المقدم [٦٦] .

فان لم يكن لهما وكيل أو تبين أن ذلك الوكيل غير مستوف للشروط المطلوبة في الوصي أو القيم فان المحكمة تعين له مقدماً أي تنصب وكيلاً قضائياً[٦٧] .

وبعد استعراض هذه التشريعات نعود ونتساءل هل تنتهي وكالة وكيل المفقود أم تستمر ؟
وللإجابة على هذا التساؤل نقول أن اغلب المواقف العربية جاءت صريحة في النص على انتهاء الوكالة ما لم يصدر قرار بتثبيتها في حين أن القانون العراقي والمشروع العربي الموحد انفردا بالتمسك بالوكالة(٦٨).

ونرى أن هذا الموقف، أي موقف القانون العراقي على وجه الخصوص مثار للجدل وتؤخذ عليه بعض المآخذ منها لِمَ لم ينص المشرع العراقي على انتهاء الوكالة سالكا مسلك القوانين في بعض الدول العربية وقوانين المغرب العربي(٦٩) .

ولماذا لا ينص على ذلك، وقد أوضحنا أن المفقود أصبح بحكم القانون والشريعة محجوراً بسبب الفقدان ،وهما بمنزلة الصبي والمجنون الذي لا بد أن تنتهي الوكالة به إلى هذا الحد، أي أن الوكالة تنتهي بخروج الموكل عن الأهلية.

كما إن استمرار وكالة وكيل المفقود مخالف لطبيعة عمل الوكيل ، حيث على الوكيل أن يطلع الموكل من وقت لآخر على أعماله (٧٠) . ومن الطبيعي أن الوكيل يقيد تصرفات وكيله أو أن ينهي الوكالة متى شاء ، وكون المفقود غير قادر على الاطلاع على أعمال الوكيل، وعليه فان تقييد تصرفاته يخالف طبيعة الوكالة .

وأيضاً وما زلنا في صدد انتقاد موقف المشرع العراقي حول استمرار ملك الوكالة أي وكالة وكيل المفقود ، فان استمرار هذه الوكالة يهدد مصالح موكله المفقود حيث نجد أن موقف هذا الوكيل غريب فهو غير خاضع لرقابة موكله ولا خاضع لرقابة القاضي الولي العام للمحجورين ، ولا لمديرية رعاية القاصرين القيم القانوني(٧١) .

فليس لمن لهم مصلحة في المحافظة على أموال المفقود، وهم ورثته المحكمون مثل هذا الحق؛ لأنهم يعتبرون غرباء لاستصحاب حياة المفقود

وإذا لاحظنا أن وكيل المفقود ليس له الحق في التصرف بأمواله التي يقبضها أو يديرها لا في البيع ولا الشراء ولا التنمية إلا فيما يتسارع إليه الفساد(٧٢) وان وكالة الوكيل عن المفقود تبقى قائمة .

فلو فرضنا أن شخصاً فُقِد وعمره عشرون عاما ، فان أمواله تبقى تحت يد الوكيل حتى يحكم بوفاته عند بلوغه التسعين (٧٣) فإذا مد الله من عمر الوكيل حتى هذا التاريخ فإنها تبقى تحت تصرفه سبعين عاما !! بلا تنمية ولا حساب. ومثل هذا الحكم يبقى قائما في حالة الغائب دون تحديد حتى وفق أحكام قانون رعاية القاصرين وأخيراً لو أخذنا بموقف المشرع العراقي بالتمسك بالوكالة ..

علينا أن نسأل لمن يسلم الوكيل نتائج أعماله، وصافي رصيد أموال المفقود ؟ هل يسلمه إلى دائرة رعاية القاصرين ولا علاقة له بها ؟

أم إلى ذوي المفقود وليس لهم صفة قانونية ؟

أم يتحفظ بها لحين الحكم بوفاة المفقود أو ظهور حياته ؟

على ذلك ومن خلال استعراض كل هذه المواقف فإننا ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة ٨٨ من قانون رعاية القاصرين، والدعوة إلى صياغة نص يقضي بانتهاء الوكالة الخاصة بالمفقود ،على غرار ما فصله المشرع السوري والتونسي، و أن ينص صراحة على ذلك أو ضمنا على الأقل .

بحيث تكون صياغة المادة ٨٨ على النحو الأتي : -

المادة ٨٨ / ف ١ : - " إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيل عينت المحكمة قيما عليه على أن يعين القيم حتى إذا كان للمفقود أو الغائب وكيل عليهما "

وبإضافة فقرة أخرى إلى المادة أعلاه على أن يكون نصها كالأتي :-

المادة ٨٨ / ف ٢ : " تسقط وكالة وكيل المفقود في حالة الغياب والفقدان فيما لو وجدت "

وبهذا فسيكون المشرع العراقي، قد نص صراحة على انتهاء هذه الوكالة عند الغياب والفقدان، ويكون قد حذا حذو التشريعات العربية، وسد بعضا من النقص التشريعي ..
وجدير بالذكر أن التطبيقات المعاصرة أجازت مخاصمة القيم على المفقود في كل أمر سواء كان المباشر له المفقود قبل فقده – فان جاز إثبات زواجه ونسب أولاده وطلاقه زوجته، أو باشره الوكيل أو القيم حسب وكالته أو قوامته
وأخيراً ..
وبعد استعراض أحكام الوكالة، فلنا أن نحدد رأي الموكل في اختيار وكيله وهل للأول حق في ذلك الاختيار دون مواجهة أي عائق ؟
هنا لابد أن نوضح ثلاثة مذاهب عالجت هذه المسألة فالأول نادى باحترام رأي الموكل (المفقود) ولا يرى للغيبة أو الفقدان تأثيرا على الوكالة انطلاقاً من أن المفقود حي لا تنفسخ وكالته ولا نكاحه ..
والثاني معاكس للأول تماماً ... ويرى أن المفقود بحكم القاصر فهو محجور بشكل خاص (وان الوكالة تصرف غير ملزم فيكون لدوامه حكم ابتداءه) لذا فان الوكالة انتهت بالغيبة والفقدان ، وأصحاب هذا الرأي ينقسمون إلى قسمين قسم ينهي الوكالة بالفقدان وقسم آخر ينهيها عند صدور قرار الحكم بذلك .
والثالث رأي بين الاثنين – حيث يرى باحترام رأي الموكل في اختيار وكيله؛ لأنه وان كان يعتبر محجورا إلا أن المفقود مجهول الحال لا هو حي و لا ميت فهو شخصية اقرب إلى أن تكون اعتبارية كالشركات والمؤسسات العامة .
والقانون العراقي [٧٤].. كان له الرأي الذي انتقدناه وأوردنا نصه في القانون ، كما أن محكمة التمييز في قرار لها، قضت بصحة تصرف وكيل لشخص ثبت فقدانه ..
إن هذا الرأي – أي موقف محكمة التمييز مخالف لأحكام الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ، بل انه مناقض لأحكام قانون رعاية القاصرين نفسه الذي اعتبر المفقود قاصراً[٧٥] ومع هذا أجاز في المادة (٨٨) استمرار الوكالة ..
ونلاحظ ان قرار محكمة التمييز صحيح ذلك لان الحالة هنا تتمثل بعدم الحجر على المفقود الا بعد اعلان فقده ، وعليه فانه يعد موجوداً غير محجور عليه ، فلا يحق للقاضي ان ينصب قيماً على امولـه قبل اعلان عن فقده
لذا فإننا نعتقد أن الواجب تعديل نص مواد قانون رعاية القاصرين بأخذ الراي الانسب بين الرأيين الثاني والثالث – الأنفي الذكر – حفاظاً لمصالح المفقودين ولمصالح خلفهم .

الخاتمة :

قبل أن نطوي الصفحات الأخيرة من بحثنا هذا لابد لنا من إجمال النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها وكما يأتي : -

أولاً : -النتائج : -

١ – المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته.
٢ – يعلن عن المفقود بقرار من المحكمة، ويقوم قرار وزير الدفاع أو الداخلية مقام الحكم بالنسبة إلى أفراد القوات المسلحة وقوى الأمن الداخلي.
٣ – إذا ما تضررت زوجة المفقود من غيابه فرفعت أمرها إلى القاضي، جاز لها فرض مدة أربع سنوات من قبل القاضي لتنتظر فيها رجوع المفقود ، فان لم يرجع رجعت إلى القاضي ليأمرها بالاعتداد من المفقود ، ثم تحل بعد ذلك للأزواج ...
٤ – إذا كان للغيبة نهاية فإنها تنتهي بزوال سببها أو بموت المفقود أو بحكم من المحكمة المختصة باعتباره ميتاً.
٥ – تلزم المفقود جميع تصرفاته وهو في الغيبة .
٦ – للمحكمة أن تحكم بموت المفقود إذا ما قام دليل قاطع على وفاته، بمرور أربع سنوات على إعلان فقده فضلاً عن ذلك إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على إعلان فقده .
٧ – على المحكمة أن تتحرى عن المفقود بكافة الطرق .
٨ – إذا ظهر المفقود حيا عادت إلى ملكه جميع أمواله الأصلية منها والطارئة،وان كان قد تم تقسيم تركته فانه يرجع على ورثته بما بقي من عين ماله في أيدهم، وأما ما أتلفوه فانه يضمنهم ذلك .
٩ – إذا ما مضت مدة الأربع سنوات على إعلان فقده أو سنتان في ظروف غلب عليها افتراض هلاكه، و مرت سنتان على إعلان فقده ولم يتحقق وجوده ولم يكن له وارث ظاهر، فعلى مديرية رعاية القاصرين استحصال موافقة وزير العدل ؛ لتسجيل أمواله في الحساب المستقل .
١٠ – لوزير العدل إعادة أموال المفقود، إن وجدت أو قيمتها إليه عند حضوره خلال خمس سنوات من تاريخ قراره بتسجيلها بالحساب المستقل.
١١ – المفقود في حكم القاصر كالصبي أو المجنون وهما محجوران لذاتهم، لذا وجب أن ينصب عليه قيم عند عدم وجود وكيل عنه.
١٢ – وكيل المفقود لا يعزل، ولا تنتزع الورثة المال من يده،إذ أن المفقود يعد حياً في حق الأحكام التي تضره، وهي التي تتوقف على ثبوت موته .
١٣ – سلكت التشريعات العربية مواقف عدة ،إذ نصت صراحة على انتهاء وكالة الوكيل، مالم يصدر قرار بتثبيتها، في حين إن القانون العراقي والمشروع العربي الموحد انفرد بالتمسك فيها .
١٤ _ للموكل رأي في اختيار وكيله، لأنه وان كان يعتبر محجوراً إلا أن المفقود مجهول الحال ،لا هو حي ولا ميت فهو شخصية اقرب إلى أن تكون اعتبارية ....

ثانياً – التوصيات:

لعلنا نبين هنا ونسلط الضوء على ابرز التوصيات التي ندعو المشرع العراقي للأخذ بها، تحاشياً للنقص التشريعي، ولمعالجة نصوص قانون رعاية القاصرين النافذ الذي بدا لازماً أن

نعدل من بعض نصوصه،ذلك بالأخذ بالتوصيات المدرجة أدناه؛ علّها تحقق مبتغاها ،وترشد المعنيين في هذا الأمر، فعلى ذلك نوصي المشرع العراقي بما يلي :-

١. ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة ٨٦ من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ وذلك بالنص على إضافة مدة الفقدان إلى جانب التعريف، وذلك بدمج المادة أعلاه بفقرتيها الثانية والثالثة من المادة ٩٣ من القانون ذاته بحيث تكون المادة ٨٦ على النحو الأتي:

المادة ٨٦ ف١:- " المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته من مماته " .

المادة ٨٦ ف٢: " يعد مفقودا من مرت عليه أربع سنوات على فقدانه آو سنتان عند افتراض هلاكه من تاريخ إعلان فقدانه " .

٢. نرى ضرورة صياغة بعض النصوص، لبيان حكم حال زوجة المفقود، بحيث توضح تلك النصوص المدة التي تتربص بها زوجة المفقود والإذن لها بالاعتداد والتزوج من غيره ،والنفقة عليها من ماله أثناء غيبة المفقود وغير ذلك .

٣. .ندعو المشرع العراقي إلى إضافة فقرة تبين أن تصرفات وكيل المفقود غير محددة بأحكام مواد إدارة القاصرين، بحيث تكون هذه الفقرة ضمن المادة ٨٩من قانون رعاية القاصرين العراقي وذلك على النحو الأتي المادة ٨٩ / ف٢:

" تكون تصرفات وكيل المفقود غير محددة بأحكام المواد ٤١ وما بعدها من القانون "

٤. نرى ضرورة تعديل نص المادة ٩٠ بفقرتيها الأولى والثانية بحيث يضاف إلى الأولى حالة توكيل وكيل للمفقود إلى جانب إدارة أموال الغائب وأموال المفقود، عند عدم وجود القيم عليهم ويضاف إلى الثانية بيان، أن إشراف مديرية رعاية القاصرين على القيم لا ينطبق على الوكيل فيما إذا عين لا دارة أموال المفقود بحيث تكون الفقرتين على النحو لأتي:-

المادة ٩٠ ف١: " على المحكمة المختصة حين إصدارها قرار باعتبار شخص ما غائب أو مفقود، إخبار مديرية رعاية القاصرين بتعيين قيمٍ أو بتوكيل وكيل لإدارة أموالهم وفقا لأحكام هذا القانون " .

المادة ٩٠ ف٢: " أذا عينت المحكمة قيماً لإدارة أموال الغائب أو المفقود، فيكون القيم تحت إشراف مديرية رعاية القاصرين على أن لا يسري ذلك بحق الوكيل أذا ما وجد القيم ".

٥- نرى انه من الضروري إعادة النظر ب المادة ٨٨ من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ، وذلك بالنص الصريح على انتهاء وكالة الوكيل المفقود وبإضافة فقرة ثانية لها، تقضي باستمرار الوكالة عند الغياب والفقدان أسوة بالتشريعات الحديثة، وعلى ذلك ستكون أمام النص بالشكل الآتي:-

المادة ٨٨ ف١: " إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيل، عينت المحكمة قَيماً عليه على أن يعين القيم حتى إذا كان للمفقود أو الغائب وكيل عليها " .

المادة ٨٨ ف٢: " تسقط وكالة المفقود في حالة الغياب والفقدان فيما لو وجدت".

تم بحمد الله

الهوامش

(١) لارتباط الغائب بالمفقود وورده في اغلب مؤلفات ونصوص القانون اقتضى الأمر بالإشارة إليه وبيان حكمه لبيان وإزالة كل غموض يتردد عن ذكر ذلك المصطلح .

لذا فإننا سنحاول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال بحثنا هذا ......

ومن هنا تبدأ أهمية الموضوع الذي تطرق إليه البحث لمعالجة النقص الوارد في نصوص تلك القوانين التي تهتم بذلك الموضوع ومحاولة إزالة الغموض . الذي يحيط به ، كما تتجلى أهمية هذا الموضوع بأنه سيرشد المعنيين بنتائجه وتوصياته.

(٢)في الفقه الإسلامي أقسام للمفقود فهو أما يقسم إلى مفقود باعتبار الغيبة وهذه الغيبة أما تكون ظاهرها السلامة أو قد تكون ظاهرها الهلاك...
وهناك تقسيم أخر للمفقود إذ هناك تقسيم باعتبار المكان المفقود فيه فإما ابن يفقد المفقود في ارض الإسلام حال الفتنة يفقد في معركتها وأما أن يفقد في دار الإسلام في حال الرخاء ، وأما أن يفقد في ارض العدو...لمزيد من التفصيل انظر د.جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية ،دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،٢٠٠٣، ص١٩ وما بعدها.
(٣)الشيخ بدر الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ،ط٢،مطبعة الحلبي ، مصر ، بدون سنة طبع ، ص٣٣٥.
(٤)الشيخ احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير،ط٥، المطبعة الأميرية،القاهرة،١٩٢٢،ص١٥ .
(٥) سورة النحل ، الآية(٢٠).
(٦) الشيخ مجد الدين، المصدر نفسه، ص٣٣٥.
وبهذا يتبين أن الفقد من الأضداد تقول:فقدت الشيء إذا ضللته أو ضاع منك، وفقدته أي حليته وكلاهما محقق في المفقود، ففصل عن أهله وهم في طلبه[١].

(٧) الشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق،ط١،طبع بمطابع المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، ١٨١٥م، ص٣١٠، وبالمعنى ذاته انظر:القاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن انس، طبع بمطابع دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ص٨٢٠.
(٨) انظر المادة(٨٦)من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ ذو رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل.
(٩) انظر د. احمد فراج حسين، نظام الإرث في التشريع الإسلامي، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ،٢٠٠٠،ص٦٧ وما بعدها.
(١٠) انظر المادة(٣٦)من القانون المدني العراقي النافذ ذو الرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، هذا ولم يتعرض قانون الأحوال الشخصية العراقي لأحكام المفقود إذ تطبق بحقه أحكام الشريعة الإسلامية عملاً بالفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية ونصها " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون " .
(١١) الأستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، ط١، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٠،ص٨١.

(١٢) د. جمال عبد الوهاب عبد الغفار المصدر نفسه،ص١٧.
(١٣) الشيخ شمس الدين أبي بكر السر خسي، المبسوط ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت،١٩٨٩، ص٣٤.
(١٤) من هذا التعريف يخرج الأسير عن المفقود فلا الذي لم ينقطع خبره والمحبوس الذي لاستطاع الكشف عنه ، انظر الشيخ أبي عبد الله بن الرحمن المغربي، مواهب الجليل الشرح مختصر خليل، ط٣، دار الفكر العربي، بيروت ، ١٩٩٢، ص١٥٥.

(١٥) انظر لمزيد من التفصيل د. عبد الحميد ألعبيدي ، مجموعة المحاضرات ألقاها على طلبة كلية العلوم الإسلامية ، جامعة بغداد ، مكتب السحاب للطباعة ، بغداد ، ١٩٩٩، ص٩٢ غير منشورة .

(١٦)وهذا بدى واضحاً من خلال استقرار نصوص مواد قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ..انظر المواد(٨٥الى المادة٩٨)منه
(١٧)وتختلف هذه المدة باختلاف النظر إلى المفقود إذ قد يكون حرا أو عبدا ويختلف حكم كل منهما انظر د. جمال عبد الوهاب، المصدر نفسه ، ص٣١ ويبدو أن مدة الأربع سنين هي الاتجاه الأرجح لدى الفقه الإسلامي ولعل ابرز ما يدعم ذلك الاتجاه في أن اغلب المسافرين والتجار خلال هذه المدة يتكرر ترددهم إلى بلاد المسلمين فانقطاع خبر المفقود عن أهله مع غيبته يغلب على الظن هلاكه إذ لو كان باقيا لما انقطع خبره إلى هذه المدة...انظر لمزيد من التفصيل الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مطبعة عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٣،ص٥١٦.
(١٨)انظر الشيخ محمد بن يوسف العبدري المعروف بالمواق، التاج والأكاليل في شرح مختصر خليل،ط٣، طبع دار الفكر ، بيروت، ١٩٩٢، ص٤٣.
(١٩) د.جمال عبد الوهاب، المصدر نفسه، ص٢٨.

(٢٠) د. عبد الحميد ألعبيدي ، مصدر سابق ، ص١١٢.
(٢)المعونة ، للقاضي عبد الوهاب ، مصدر سابق ، ص٨٢٠.
(٢١) هذه الرواية رواها احمد بن اصرم عن الامام احمد ، مشار اليها لدى د. جمال عبد الوهاب ، مصدر سابق ، ص٤٢
(٢٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ص٣١١.
(٢٣) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، مصدر سابق ، ص٣١٢.
(٢٤) د. عبد الحميد ألعبيدي ، مصدر سابق ، ص١٠١.

(٢٥)انظر.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،المجلد الثاني ، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيرو،٢٠٠٠، ص٢٨٢ وما بعدها.
هذا وقد وجدنا الصعوبة في إيجاد المؤلفات القانونية التي تتناول الحديث عن المفقود قانونا وتعليقا إذ يلاحظ أن اغلب المؤلفين والفقهاء القانونين العراقيين درجوا نصوص قانون رعاية القاصرين النافذ حرفياً عند الحديث عن المفقود انظر د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق،ص٨٠ وما بعدها.
(٢٦)انظر هذا الاختلاف بين بعض فقهاء الشريعة الاسلامية في د. جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مصدر سابق،ص٣٢_٣٥.
(٢٧)لمزيد من التفصيل حول ميراث المفقود انظر د.احمد فراج حسين،مصدر سابق،ص٣٠٢
(٢٨)المبسوط، مصدر سابق،ص٤٨.
(٢٩)انظر الشيخ محمد بن مراموز، دار الحكام شرح غرر الأحكام، مطبعة العامرة،الشرقية ،مصر،١٨٠٤،ص٢٨٦، وبالمعنى نفسه د.جمال عبد الوهاب،المصدر السابق،ص٧٨ وما بعدها.
هذا وتعاد أموال المفقود إليه عند حضوره أو تسلم إلى ورثته عند ثبوت وفاته حقيقة أو حكما وتسري عليه أحكام المادة(٥٩)من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ.
(٣٠)المبسوط،مصدر سابق،ص٤٥،وكذلك، انظر المعونة للقاضي عبد الوهاب،مصدر سابق،٨٢٣،وبالمعنى ذاته،انظر الشيخ محمد الشربيني،معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،مطبعة المصطفى ألجلبي،مصر،١٩٥٨،ص٢٦.

(٣١) انظر د.احمد فراج حسن،مصدر سابق ص٦٦،وبالمعنى ذاته،علي محمد إبراهيم الكرباسي،شرح قانون الأحوال الشخصية،ج١،في أحكام الميراث،مطبعة الزمان،بغداد،٢٠٠١،ص١٢.

(٣٢) انظر، علي محمد إبراهيم الكرباسي ، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج١، في أحكام الميراث، مطبعة الزمان ، بغداد، ٢٠٠١، ص١٢.
(٣٣) د.مصطفى إبراهيم الزلمي،أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن ،دار الكتب للطباعة والنشر بغداد،٢٠٠٠ ،ص ٢٣ وما بعدها هذا وان موت المورث قد يكون حقيقا وقد يكون حكمياً ولعل ابرز مثال على الأخير هو موضوع بحثنا ومثل المفقود في اعتباره ميتا بحكم القاضي باجتهاده هو الأسير الذي يجهل أمره والمرتد أذا لحق بدار الحرب وهو على ردته وحكم القاضي بلحاقه فانه يعتبر ميتاً من وقت صدور الحكم ولو كانت حياته متيقنة وتجري عليه أحكام من مات فعلا لمزيد من التفصيل د.احمد فراج حسين ،مصدر سابق،ص ٦٨.
(٣٤) د.عبد الحميد ألعبيدي ، مصدر سابق ، ص١١٠. وجدير بالذكر انه وإذا ما مضت المدة التي نصت عليها المادة (٩٣)من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ على "المفقود ولم يتحقق وجوده ولم يكن له وارث ظاهر فعلى دائرة رعاية القاصرين استحصال موافقة الوزير لتسجيل أمواله في الحساب المستقل والوزير العدل إعادة أموال المفقود أن وجدت أو قمتها إليه عند حضوره خلال ٥ سنوات من تأريخ قراره تسجيلها بالحساب المستقل ... "انظر المواد (٩٧و٩٨)من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ..

(٣٥) انظر د.عبد الرزاق احمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول.العقود الواردة على العمل،المقاولة والوكالة،ط٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،٢٠٠٠ ،ص ٣٧٥ .
(٣٦) لويس معلوف،المنجد في اللغة،ط ٣٥،انتشارات الإسلام للطباعة والنشر،طهران،١٩٩٦، ص ٩١٦.
(٣٧) انظر المادة (٩٢٧)من القانون المدني العراقي النافذ،وهذا التعريف يقترب من تعريف مجلة الأحكام العدلية للوكالة فقد عرفتها المادة ١٤٤٩ بقولها:"الوكالة تفويض واحد أمره لآخر وأقامته مقام في ذلك الأمر ويقال لذلك الواحد موكل ولمن أقامه عنه وكيل ولذلك الامر١٧ موكل به"إلا أن هذا التعريف لم يحدد محل الوكالة بأنه تصرف قانوني لمزيد من التفضيل انظر عارف السويدي العباسي،شرح مجلة الأحكام العدلية، مطبعة الفلاح، بغداد،١٩٢٣،ص١٥ وما بعدها.
(٣٨) د. السنهوري، الوسيط، العقود الواردة على العمل،مصدر سابق، ص٣٧٣.
(٣٩) انظر :إبراهيم سيد احمد، العقود الواردة على العمل(عقد المقاولة) فقها وقضاء، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية.٢٠٠٣، ص٩،وبالمعنى ذاته د. كمال قاسم ثروت ،الوجيز في شرح أحكام عقد المقولة ،ج٢، ط١، بغداد ،١٩٧٦، ص٣٥٣.
(٤٠) د. السنهوري ، المصدر ذاته،ص٦٧٤، وبالمعنى ذاته د، خالد محمد حسين، التزام الوديع برد الوديعة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية،٢٠٠٤، ص٢٦ وما بعدها.
هذا وقد تقترن الوديعة بالوكالة كما لو ادع شخص مالا عند أخر لحفظه ووكله في الوقت ذاته بان يدفع هذا المال بعد مدة معينة لدائن له أن يستوفي منه حقه..نكون في هذه الحالة أمام عقد حراسة والحراسة ليست إلا وديعة مقترنة بتوكيل الحارس في إدارة المال الموضوع تحت الحراسة .انظر د.عدنان إبراهيم السرحان ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، المقاولة الوكالة، الكفالة،ط١،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦، ص١١١.

(٤١) المادة(٨٥) من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ.
(٤٢) د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص٨٠.
(٤٣)انظر المواد(٨٢_٨٤)من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ.
(٤٤) المادة (١٠٤) من القانون المدني النافذ .
(٤٥) وذلك على غرار المادة أعلاه والتي قضت بتنصيب قيم على الصم والأبكم لذا فمن الواجب تنصيب
وكيل للمفقود أيضاً .
(٤٦) لمزيد من التفصيل حول الحجر على الوكيل ، انظر ، الشيخ موفق الدين بن قدامى ، المغني ، ج٥،طبعة جديدة بالاوفسيت ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص٢٤٣
(٤٧) هذا بالنسبة للحجر ذاته ، والمفقود والغائب محجور عليهما لا لذاتهما لصفة الفقد والغيبة
(٤٨) الشيخ علي بن علي بن أبي بكر المرغيناني ، الهداية بشرح بداية المبتدئ ، ج٢ ، دار أخباء التراث العربي ، بيروت ، ص ١٨٠.
(٤٩) الشيخ علاء الدين بن مسعود الكساني.بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج٦،ط٢، دار الكتب العلمية،
بيروت، ١٩٨٦،ص٣٨.
(٥٠) الشيخ الكاساني ، مصدر سابق ، ص١٩٦.
(٥١) المادة (٣)من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ.
(٥٣) انظر المادة(٤٣)من القانون المدني العراقي النافذ.
(٥٣) انظر المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ ذو الرقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
(٥٤) والدليل على ذلك متمثل في نصوص القوانين العراقية سواء في قانون المرافعات أم في القانون المدني
أم في قانون رعاية القاصرين وإذا ما طبق ذلك أي تنصيب القيم على الغائب و المفقود فهنا علينا أن
نؤكد بان الوكالة لوكيلهما إن وجد سواء كانت الوكالة عامة أم خاصة تنتهي ...
هذا وسنبحث هذه الفرضية ضمن البحث في اثر انتهاء وكالة وكيل المفقود في الفرع الثاني من
المطلب الثاني من هذا المبحث .
(٥٥) انظر المادة (٩٠ \ ف٢) من القانون ذاته ... إذ جاءت المادة صريحة بعدم شمول الوكيل لذلك الإشراف الذي اقتصر فقط على القيم ... لمزيد من التفصيل انظر د. محمد بن إبراهيم بن عبد الله موسى ، نظرية الضمان الشخصي ، الكفالة . دراسة مقارنة ، ط١ ،مكتبة العبيكان ، مؤسسة الملك فهد للنشر والتوزيع، الرياض ، ١٩٩٩ م .
(٥٦)انظر المادة (٩١ \ ف١ و ف٢) من قانون رعاية القاصرين والتي جاءت بنفس الحكم تقريباً ، ويلاحظ التناقض الواضح بين نصوص هذه المادة والمادة (٩٠) من القانون ذاته بين التقييد وعدمه ..
(٥٧) انظر المادة (٨٩) من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ .
(٥٨) انظر المحامي محمد حسن كشكول، الوكالة عن المفقود، مجلة القضاء ، تصدرها نقابة المحامين في جمهورية العراق، الأعداد ١-٤ ، ١٩٩٧، ص٢٢.
(٥٩) الشيخ ابن أبي الدم الشافعي ، أدب القضاء ، ج ٢ ، مطبعة الأوقاف ، ١٩٨٤ ، ص ٣٧١ .
(٦٠) وذلك لأننا سنورد مواقف المشروع العربي وموقف القانون السوري والتونسي لاحقا .
(٦١) المادة (٧٠) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد لسنة ١٩٨٦ .

(٦٢) وضع هذا المشروع قانونا عربيا موحدا للأحوال الشخصية وقد انبثق من لجنة في مؤتمر وزراء العدل العرب في نيسان ١٩٨٥ .
(٦٣) المادة (٩٧) من مشروع القانون الموحد العربي للأحوال الشخصية .
(٦٤) حكمة مقدم في قوانين المغرب العربي تعني (القيم) بتعبير المشرق منه ..
(٦٥) أي القيم.
(٦٦) ومع أن ما جاء في المذكرة التوضيحية تصرف يخرج عن النص فان واضعي المذكرة لم يبينوا كيفية التحقق من عدم لياقة الوكيل واستيفاءه الشروط المطلوبة طالما أن هذا الوكيل غير خاضع لرقابة احد ..... في حين أن قانون الأحوال الشخصية السوري رقم ٩ لسنة ١٩٥٣ نص في المادة (٢٠٤) منه على (إذا ترك المفقود وكيلا عاما يحكم المحكمة تثبته متى توافرت الشروط الواجب توفرها في الوصي وإلا عينت المحكمة وكيلا قضائيا) وهذا النص صريح في أن على الوكيل المعين من قبل المفقود مراجعة المحكمة عن فقدان موكله لإقراره على وكالته أي تثبيتها _ فان وجدت المحكمة ذلك عند توافر الشروط المطلوبة حكمت بتثبيته وإلا عينت غيره وهذا حكم صريح بانتهاء وكالة وكيل المفقود ما لم تقرر المحكمة باستمرارها .. وينص قانون الأحوال الشخصية التونسي الصادر في عام ١٩٥٦ في المادة (٨٤) منه على (إذا كان للمفقود وكيل قبل غيابه لا ينعزل الوكيل إلا بعد الحكم بالفقدان) وهذا نص صريح بانتهاء الوكالة بالحكم بالفقدان ألا انه يجعل تصرفات الوكيل صحيحة قبل الحكم بالفقدان حيث أن الوكالة تبقى قائمة حتى يصدر حكم المحكمة باعتبار الشخص مفقودا وبذلك تنشا حالة جديدة تغير حالة الشخص وأهليته إذ لا يكفي مجرد الفقدان لتغييرها ....
وهذا تأشير واضح أن النصوص الواردة في كلا القانونين صريحة في انتهاء الوكالة ما لم يصدر
قرار تثبيتها عكس القانون الوافي كما سنرى.
(٦٧) المادة (٨٨) من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ ؛ المادة (٩٧) من القانون الموحد العربي للأحوال الشخصية ... وقد تطرق إلى هذا التساؤل الأستاذ محمد حسن كشكول في بحثه الخاص بهذا المضمار إلا انه لم يعالج هذه المسائل بصورة شافية ووافية من صياغة وإيراد نصوص تشريعية بديلة عن تلك التي يعتريها النقص التشريعي لذا ارتأينا معالجتها بأسلوب علمي وافي ... للاطلاع على التساؤل انظر محمد حسن كشكول ،
(٦٨) مصدر سابق، ص١٦.
(٦٩) ومثال ذلك مواقف القانونين السوري والتونسي .
(٧٠) انظر المادة (٩٣٦) من القانون المدني العراقي النافذ .
(٧١) انظر المواد (٣٤ و ٤٠) من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ .
(٧٢) المادة (٩١) من قانون رعاية القاصرين والمادة (٥٧٤) من مدونة قدري باشا.
(٧٣) حسب رأي قدري باشا . هذا الرأي الذي نشرته مجلة القضاء ، الأعداد ١- ٤ ، ١٩٩٧، ص٢٤ .
(٧٤) وهذا هو موقف المشرع العراقي كذلك ، ونلاحظ نص قرار محكمة التميز المرقم ٢٥٥٤ / شخصية / ٨٦ – ٨٧ في ١٩٧/٦/٢ منشور في مجلة الفضاء عدد ١ و ٢ لسنة ١٩٨٩ وقد تطرق القرار لحكم الوكالة مع إن قرار المحكمة موضوع التمييز كان يتضمن إبطال حجة نصب قيم بسبب نقص في الإجراءات بعدم الإعلان عن الفقدان وفقا للمادة (٨٧) من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ وليس سبب وجود وكيل معه.
(٧٥) انظر المادة (٣) من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ ...

المصادر

أولاً : كتب اللغة العربية بعد القران الكريم :-

١- احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي – المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي- ط ٥ المطبعة الأميرية القاهرة ١٩٢٢ .
٢- لويس معلوف – المنجد في اللغة ، الطبعة ٣٥ – انتشارات الإسلام للطباعة والنشر – طهران -١٩٩٦.
٣- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي الشيرازي-القاموس المحيط- ج ١ – مطبعة ألحلبي – مصر -١٩٢٥ .

ثانياً : الكتب الفقهية :-

٤- ابن أبي الدم الشافعي-أدب الفضاء – ج ٢-مطبعة الأوقاف – بغداد ١٩٨٤.
٥- شمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السر خسي –المبسوط- طبع دار المعرفة- بيروت،١٩٨٩.
٦- عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي – مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ط٣- طبع دار الفكر –بيروت ١٩٩٢.
٧- عبد الوهاب البغدادي – المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن انس – دار الفكر بيروت – بلا سنة طبع.
٨- الشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، لتبين الحقائق شرح كذا الدقائق - ط ١ – المطبعة الأميرية- بولاق – القاهرة- ١٨١٥.
٩- علاء الدين الكاساني –بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- ط٢- دار الكتب العلمية – بيروت ،١٩٨٦.
١٠- علي المرغيناني الراشدين –الهداية يشرح البدايات دار الإحياء العربي، بيروت – بلا سنة طبع.
١١- محمد بن يوسف العبدري المواق ، التاج والاكاليل في شرح مختصر خليل ، ط٣، مطبعة دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٢.
١٢- محمد الشربيني مغني المحتاج إلى معرفة المنهاج- مطبعة ألحلبي – مصر ١٩٩٨.
١٣- محمد مرا موز ، درر الحكام شرح عزر الحكام- المطبعة المعاصرة- مصر-١٨٠٤ .
١٤- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي- كشاف القناع عن فتن الإقناع- مطبعة عالم الكتب – بيروت،.١٩٨٣
١٥ـ موفق الدين ابن قدامى ، المغني ، ج٥ ،طبعة جديدة بالاوفسيت ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع .

ثالثاً: الكتب القانونية :-

١٦- د.إبراهيم السيد احمد – العقود الواردة على العمل (عقد المقاولة) فقهاً وقضاءً – ط١- منشاة المعارف- الإسكندرية ،٢٠٠٣ .
١٧- د. احمد فرج حسن – نظام الإرث من التشريع الإسلامي – الدار الجامعية للطباعة والنشر- بيروت ،٢٠٠٠ .
١٨- د.جمال عبد الوهاب عبد الغفار؛ أحكام المقود في الشريعة الإسلامية ،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،٢٠٠٣ .

١٩- د.خالد محمد حسين ،التزام الوديع برد الوديعة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،مصر ،٢٠٠٤ .
٢٠-عارف السويدي العباسي،شرح مجلة الحكام العدلية ،كتاب الوكالة،مطبعة الفلاح،بغداد،١٩٢٣ .
٢١- د. عبد الحميد العبيدي ، مجموعة المحاضرات ألقاها على طلبة كلية العلوم الإسلامية ، جامعة بغداد ، مكتب السحاب للطباعة ، بغداد ، ١٩٩٩، ص٩٢ (غير منشورة) .
٢٢- د.عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،المجلة الأول،العقود الوارد على العمل،المقاولة والوكالة،ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت.٢٠٠٠
٢٣- ـــــ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،المجلة الثاني،مصادر الالتزام،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت،٢٠٠٠.
٢٤- أ.د.عبد المجيد الحليم،و أ-عبد الباقي البكري،أ.م.محمد طه البشير،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١ ، ط١، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ،١٩٨٠.
٢٥- د. عدنان إبراهيم السرحان ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة، المقاولة، الوكالة، الكفالة ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ١٩٩٦.
٢٦- علي محمد إبراهيم الكرباسي ، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج١، في أحكام الميراث، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠١.
٢٧- د. كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة ، ج٢، ط١، بغداد ، ١٩٧٦ .
٢٨- محمد إبراهيم بن عبد الله الموسى، نظرية الضمان الشخصي ، الكفالة، دراسة مقارنة ، ط١، مكتبة العبيكان ، مؤسسة الملك فهد، للنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٩.
٢٩- د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي ، والقانون المقارن ، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد ،٢٠٠٠.

رابعاً : البحوث القانونية :

٣٠- محمد حسن كشكول ، الوكالة عن المفقود ، بحث منشور في مجلة القضاء التي تصدرها نقابة المحامين في جمهورية العراق، الأعداد ١- ٤، ١٩٩٧.

خامساً : المصادر الدورية :-

٣١- مجلة القضاء مجلة حقوقية فصلية تصدرها نقابة المحامين في جمهورية العراق، الأعداد ١،٢،٣،٤، لسنة ١٩٩٧.
٣٢- مجلة القضاء مجلة حقوقية وطنية تصدرها نقابة المحامين في جمهورية العراق ، العددين الأول والثاني ، ١٩٨٩.

سادساً: القوانين :-

أ - العراقية :-

٣٣- قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٠ المعدل.
٣٤- قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٣٥- القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
٣٦- مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٦ .

ب – العربية :-

٣٧- مشروع القانون الموحد العربي للأحوال الشخصية لسنة ١٩٨٥ .
٣٨- قانون الأحوال الشخصية السوري النافذ رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ المعدل.
٣٩- قانون الأحوال الشخصية التونسي لسنة ١٩٥٦.

Ahmed Samir Mohammed Al-Suffi
Assistant Instructor
College of law/Kirkuk university

Abstract

A missing person is the one whom nothing is known about his destiny . i.e. whether he is alive or dead . The status of the missing person is declared by a court decision. This declaration is abrogated in case of any evidence showing he is alive being present. The court shall nominate a custodian for the missing person incase he has no trustee. The custodian shall be put under the supervision of juvenile Welfare Directorate. and he exercises the same rules applied for the guardian.

By nominating the custodian the properties of the missing person shall be freed and managed by the former. This is similar to the case of managing the properties of the under aged where no property shall be sold unless it is subject to damage. Moreover. It is not allowed to buy property using his name except for what necessitates maintaining and managing his property.

Submitting her status to the judge. the missing person s wife shall await for four years (with getting married again) during this period the judge shall spare no means looking for the missing person.

If no sign shows the possibility of his return the judge shall wait. If the one acting on behalf of the wife has a deputy who manages his affairs the judge shall order him to divorce. After divorce the wife shall spend her period of waiting after which she may be allowed to remarry. During the period of the missing person s absence. His wife has the right to spend from his money even if her missing husband has not really consummated the wedlock (he had not have coitus with her) because he is the party on side of whom this situation had happened. The state of absence ends by the death of the missing person and the court shall have the right to declare him dead if it has a decisive with regard to his death and if four years have passed since decisive evidence or if he was missed in certain conditions that make his death more probable with two years after declaring his missing .

The day of issuing his death shall be regarded as the date of his death after which his inheritance shall be divided among his heirs who are alive at the date of his death issuance. In case the missing person returns his properties shall be brought back to him. In case his death is affirmed whether legally or really. his properties shall be delivered to his inheritors.

On investigating the provisions concerning the missing person the issue regarding his trustee is raised since it has not been talked neither in the chapters of deputyship provisions nor in those of the missing person ones. After the death of the authorizer missing person the authority which he gave to his deputy shall be terminated unless a decision of otherwise is to be issued by the court. This matter was of a highly controversial nature.